



Introducción al Derecho Romano



"Como una consecuencia lógica de la vida en sociedad nace la necesidad de crear normas que regulen la convivencia, esto es, reglas de conducta que hagan posible la vida en común. En este sentido sumamente amplio se entiende por derecho ius al conjunto de reglas que rigen las relaciones de los hombres dentro de la sociedad."

1.1 INTRODUCCIÓN



La historia del Derecho romano debe ser estudiada dentro del conjunto de la historia de Roma, ya que no es posible separar el aspecto jurídico de las demás manifestaciones culturales, artísticas, políticas y sociales. Es por esta razón que, siguiendo la clasificación más generalizada, tomaremos en cuenta el tipo de Institución política que rigiera al pueblo romano.

Su historia puede ser dividida en tres periodos:

Monárquico, republicano e imperial, con la, advertencia de que durante el imperio tuvieron lugar grandes cambios en las instituciones.

Especialmente desde el punto de vista político, la época imperial puede subdividirse en dos, de modo que la historia del Derecho romano quedaría comprendida dentro de las siguientes etapas:

1. ***Época monárquica.***
2. ***Época republicana.***
3. ***Época del Principado o Diarquía.***
4. ***Época del Imperio Absoluto o Dominato.***

Estas épocas o periodos histórico-políticos corresponden a las distintas fases de evolución del derecho privado:

a) ***la Monarquía y la República al derecho preclásico,***
b) ***el Principado al derecho clásico, y***
c) ***el Imperio Absoluto al posclásico.***

Al terminar la primera parte de este capítulo y después de haber explicado los periodos históricos políticos y las correspondientes fases de evolución del derecho, expondremos otros criterios que fijan los periodos para el estudio de la historia, criterios estos que atienden a elementos específicamente jurídicos.

1.2 LA MONARQUÍA

La época monárquica abarca desde la fundación de Roma hasta el año 243 de la era romana; es decir, del año 753 al 510 a.C.

Las circunstancias de la fundación de esta ciudad, que con el tiempo llega llegara a ser el centro del mundo, nos son casi desconocidas. Sólo a través de leyendas sabemos de la existencia de los primeros habitantes de *la Península Itálica.* Es un hecho que en ella convivieron distintos pueblos: los latinos en el centro, los etruscos al norte y los sabinos al sur. La conjunción de estas tribus tiene como consecuencia es lo más probable el surgimiento de esta ciudad-estado que fue Roma.

La población de esta pequeña comunidad se encuentra políticamente aupada en 30 curias; esto es, 10 curias por cada una de las 3 tribus, cada una de ellas con un número diverso de individuos.

Los integrantes de dichas curias se reúnen atendiendo a un criterio especifico, como es la agrupación de carácter aristocrático que denominamos gens, cuyos miembros tienen en común un culto familiar especial, transmitido de generación en generación, siempre por vía masculina. Se trata, en realidad, de la unión de varias familias muy extensas, con antepasados comunes y ligadas entre sí por el mismo nombre gentilicio, cada una de ellas bajó la autoridad de un paterfamilias. Estos individuos, que dirigen la vida política, religiosa y social de Roma; son conocidos con el nombre de patricios y tienen una situación privilegiada en la sociedad. Por otro fiado encontramos a los plebeyos; que constituyen la gran masa de la población. Los más pobres así como aquellos de origen extranjero, acudían a las familias poderosas en busca de apoyo a cambio de la prestación de determinados servicios: Los miembros de estos grupos han sido denominados «clientes».[1]

Existía por tanto; una profunda desigualdad entre patricios y plebeyos, situación que acarreará una serie de luchas internas cuya finalidad fue la de desterrar las marcadas diferencias entre individuos que comparten una misma sociedad.

En este periodo, el poder público estuvo integrado por tres elementos:

El rey, los comicios y el senado.

El rey, *quien en principio fue designado por los comicios, ejercía el poder de por vida y de forma suprema.* ***Los comicios,*** *asambleas de carácter legislativo político, estaban integrados por "todos los hombres libres capaces de portar armas".* ***El senado,*** *por su parte, era un cuerpo de carácter consultivo que miembros al monarca en sus labores de gobierno. Sus miembros son nombrados por el rey que los elide entre los ancianos más sabios de la comunidad.*

1. El rey

Durante el periodo monárquico, que tiene una duración aproximada de 250 años, Roma vivió bajo el gobierno de siete reyes, el primero de los cuales, Rómulo, crea el senado.[2] A su muerte le sucede Numa Pompilio, monarca muy piadoso, de quien, sean se afirma, introduce la práctica religiosa en Roma.

Los siguientes monarcas, Tulio Hostilio y Anco Marcio, son reyes guerreros que consolidan el poder militar. Tarquino el Antiguo, por su parte concede más facultades al senado y aumenta a trescientos el número de sus miembros.

Su sucesor, Servio Tulio, realiza una reforma político-administrativa que toma como base el censo económico de la población y es conocida como Reforma Serviana. Esta trae como consecuencia la creación de los comicios por centurias.[3]

Finalmente, ***Tarquino el Soberbio,*** *el último de los monarcas, es un déspota que pretende gobernar dictatoríamente y termina siendo destituido y desterrado. Con él concluye la época, monárquica.*

1 *El que escucha, el que obedece*

2 *Se dice que Rómulo sube al poder después de haber cometido fratricidio, pues no es sino hasta después de haber dado muerte a su hermano Remo, que es nombrado rey.*

3 *Se atribuye la creación del comicio por centurias a Servio Tulio, que fuera el sexto de los reyes, aunque existen opiniones en el sentido de que esta forma de comicio no apareció sino hasta la época republicana.*

2. Los comicios.

Como ya señalamos, los comicios constituían la asamblea político-legislativa de este periodo. El término proviene de *comituim,* lugar determinado del foro donde acostumbraban reunirse. Existían dos tipos de comicios por curias y por centurias.

A. Los comicios por curias

Las Curias fue la más antigua forma de agrupación de los ciudadanos, es decir, la división interna de las tres tribus que integraban la población. ***Revistió una doble importancia: Por un lado, aseguraba el ejercicio de los derechos políticos y, por otro, el aspecto religioso y lis festividades en general.***

La asamblea de las curias siempre se denomina pueblo, populus, o sea, la reunión de todos los ciudadanos, incluyendo éste término tanto a patricios como a plebeyos, ya que de modo alguno, la, expresión significa reunión exclusiva de unos o de otros [4 (Gayo, 1,3)]

En estos comicios, la rotación se llevaba a cabo de una forma indirecta; es decir, el voto se efectuaba por curia y en cada una de ellas, por individuo coa lo cual si del total de 30 curias 16 votaban en un mismo sentido, la propuesta se aprobaba independientemente del número de integrantes de cada una de ellas.

Tanto la convocatoria para la reunión de los comicios como la propuesta de ley, que de ellos surgiera eran facultades propias del rey.

B. Los comicios por centurias

El crecimiento de Roma hizo necesaria una reforma administrativa, la cual como hemos dicho, se lleva a cabo bajo el reinado de Servio Tulio y está basada en un censo económico de la población que da origen a la aparición de los comicios por centurias, que fueron restablecidos de la siguiente manera:

- ***Los individuos que poseían más de 100 000 ases*** [5] ***se agruparon en 80 centurias, denominadas de primera clase.***
- ***Los que tenían más de 75 000 ases pero menos de 100 000; se unieron en 20 centurias, de segunda clase.***
- ***Aquellos que disponían de más de 50 000 ases pero menos de 75 000, se congregaron en otras 20 centurias, formando la tercera clase.***
- ***Quienes. Poseían más de 25 000 ases pero menos de 50 000, integraron a su vez otras 20 centurias, las de cuarta clase.***
- ***La quinta clase estaba compuesta por aquellos individuos que tenían más de 10 000 ases***[5] ***pero menos de 25 000, agrupados en 30 centurias. Existían además 13 centurias formadas por caballeros, independientemente de la fortuna que tuviesen y que ocupaban la posición más de esta pirámide social. Por último, había entonces otras cinco centurias compuestas por los individuos económicamente más débiles, y que, por ende, se ubicaban en la posición social más baja. Esta división de la población, que parte en lo fundamental de un punto de vista económico, arroja un total de 193 centurias.***

Estos nuevos comicios se reunían en el Campo Marte y la unidad de voto era la centuria. La votación seguía realizándose como en los comicios por curias de forma indirecta con la salvedad de que en este caso, en primer término se tomaba el voto de las centurias correspondientes a los caballeros y a la primera clase, con lo cual dicha votación podía ser ganada por los grupos señala puesto que constituyen la mayoría y, por lo mismo, no se tiene en cuenta la opinión del resto de la población.

3. El senado



En un principio, el senado *(senatus) constituía única* y exclusivamente un cuerpo consultivo y de apoyo al rey, cuyos consejos *(senatusconsulta),* cobraban a vez un carácter consultivo-ascendiente.

Estaba integrado por 100 miembros escogidos por el propio monarca, pero no será sino hasta la caída de la monarquía cuando este órgano asesor adquiera verdadero poder político, puesto que es el único que va a subsistir como cuerpo permanente de gobierno.

Fuentes formales del derecho en la Monarquía

En éste periodo las fuentes formales del derecho se reducen prácticamente a una: *la costumbre de los antepasados* ***(mores maiorum).*** *Sin embargo; cuenta la leyenda que un estudioso del derecho llamado Papirio publicó una colección de leyes reales* ***(votadas en los comicios)*** *llamada,* ***ius civile papirianum*** *aunque a partir de la caída de la monarquía también estas disposiciones cayeron en desuso.*

4 El significado literal de populus es precisamente el de pueblo, como el conjunto de todos les ciudadanos.

5 Moneda de cobre cuyo valor es difícil de definir en la actualidad.

1.3 LA REPÚBLICA

Esta etapa de la historia romana queda comprendida entre *los años 5 10 y 27 a.C.* ***Al principio, durante este periodo persiste una gran*** **pugna entre patricios** ***y plebeyos, situación que provoca que estos últimos decidan abandonar la ciudad para fundar una nueva, lo cual, según la leyenda, no se lleva a cabo merced al famoso discurso de*** *Menenio Agripa* ***que les hace desistir.***[6]

A partir de ese momento; los plebeyos obtienen el derecho de ser representados por dos magistrados especiales; los tribunos de la plebe ***(tribuni plebis)*** cuya persona era inviolable. Asimismo, tenían facultades paré convocar a la asamblea e la plebe ***(concilium plebis)*** que dio origen a los plebiscitos, decisiones votadas por la plebe y que en un principio afectaban sólo a los plebeyos, pero que con posterioridad también fueron obligatorias para los patricios. Esta circunstancia ocasiona que, poco a poco y cuando menos jurídicamente, estos dos grupos se fuesen igualando.

Es también en esta etapa histórica cuando Roma se convierte en una de las potencias más poderosas del mundo antiguo. Su triunfo definitivo sobre Cartago prácticamente transforma a los romanos en dueños del *Mar Mediterráneo* ***(Mare Nostrum).*** Además, *la gran Urbe* va consolidando su dominio sobre toda *la Península Itálica* y va estableciendo colonias en todos aquellos territorios que conquista, al punto que llega a ser necesario crear un sistema administrativo cada vez más fuerte y complicado para gobernar tan vastos territorios.

Interiormente se suscita una serie de guerras civiles, motines Y levantamientos como el encabezado por *los Gracos,* o *el movimiento de Espartaco,* que van erosionando al *sistema republicano.* Así las cosas, cada vez con mayor frecuencia se recurre a la figura del dictador tal es el caso de ***Sila y de Julio César*** hasta llegar a *la creación del triunvirato. El primero de ellos estuvo integrado por* ***Julio César, Pompeyo y Craso;*** *y el segundo por* ***Octavio, Marco Antonio y Lépido.***

Con el tiempo, ***Octavio*** llegará a convertirse en ***Augusto,*** *con quien comienza prácticamente la etapa imperial.* Es de hacer notar que en esta época el poder público estaba integrado, por *el senado, los comicios y los magistrados.*

1. El senado

Durante este periodo dicho cuerpo consultor adquiere una importancia considerable, su opinión es considerada en todas las cuestiones Importantes y ésta capacitada apara decidir en los asuntos relacionados con la paz y la guerra. Los plebeyos, que habían estado excluidos del senado, finalmente son aceptados en él.

2. Los comicios

Básicamente, se reúnen y funcionan de modo semejante al que hemos visto en la etapa anterior. Sin embargo, *los comicios curiados* pierden importancia e intervienen sólo en determinados actos religiosos y de derecho privado, tales como las adopciones y adrogaciones y la confección de los testamentos. Funcionaban sin la participación efectiva de los ciudadanos y estaban constituidos por 30 lectores que representaban a cada una de las curias; se reunían siempre bajo la presidencia del gran pontífice, jefe de la iglesia en el periodo que nos ocupa.

6 Discurso más bien demagógico acerca de la rebelión de las partes del cuerpo para no llevarle comida al estómago, que dañó no sólo a éste sino a todo el organismo.

A. Los comicios por tribus

Esta modalidad aparece durante la República: los ciudadanos se agrupan atendiendo a un criterio territorial basado en el domicilio.

La ciudad de Roma se divide en 4 sectores, o tribus y el campo romano en 31; así, territorialmente queda determinada la existencia de. 4 tribus urbanas y 31 rústicas. También en estas asambleas es la mayoría de las tribus quien decide, de manera que el triunfo correspondía siempre a las tribus rústicas; A ellas pertenecían los más acaudalados ciudadanos, los grandes terratenientes que; aunque inferiores en número, gozabas de mayor ascendiente en la organización que el grueso de la población, -que vivía en la ciudad y sólo contaba con tribus.

Las funciones político-legislativas se distribuían entre esta nueva asamblea y el comicio centuriado. En estas asambleas, los ciudadanos se reunían siempre convocados por un magistrado.

3. Los magistrados

La figura del rey es sustituida por dos magistrados; esto es, altos funcionarios públicos, llamados cónsules[7] *que eran los jefes civiles y militares del Estado, elegidos por los comicios y cuyo cargo duraba un año. Por su arte la autoridad religiosa se separa de los poderes civiles y es confiada al gran pontífice.*

Muy pronto al lado de los cónsules aparecieron otros magistrados que también participan en el gobierno de la ciudad.

> ***Los magistrados detentaban un poder muy amplio:*** *algunos de ellos tenían el* **imperium** *o facultad discrecional de mando, que incluía la* **coercitio** *o poder disciplinario, la* **iurisdictio** *o facultad de administrar justicia y el ius agendi cum populo* **o** *cum senatu, o derecho de convocar.*

Y presidir a las asambleas cívicas ó al senado:

> ***El imperium*** *sin embargo, sufría limitaciones tales como* ***el veto (intercessio)*** *del tribuno de la plebe;* ***la provocatio ad populum,*** *recurso del que todo ciudadano disponía frente a la pena de muerte; la temporalidad ya que los magistrados duraban en su cargo dieciocho meses como máximo; la colegialidad, esto es, que dichos cargos eran ocupados cuando menos por dos personas en el caso de los cónsules o por un número mayor en lo que se refiere a las demás magistraturas,* ***finalmente, existía otra limitación:*** *la responsabilidad que podía exigirse al funcionario al término de su gestión. Recordemos, por ejemplo, el famoso proceso contra* ***Verres,*** *en el que destacó la actuación* ***Cicerón*** *como acusador.*

Por otro lado, los cargos eran de elección popular y se desempeñaban de forma gratuita, sin que el magistrado recibiera emolumentos; por tal motivo, *el cargo se definía como un honor y la carrera política era denominada* ***cursus honorum.***

Las magistraturas podían ser patricias o plebeyas. Las patricias son las más antiguas y siguieron llamándose así aun después de que los plebeyos pudieran acceder a ellas: primero en lo que se refiere al consulado en el año de

> ***A su vez, las magistraturas podían ser ordinarias o extraordinarias:*** *unas existían siempre, de forma habitual, como órganos estables del gobierno, mientras las segundas sólo aparecían en casos de excepción, para resolver situaciones de emergencia como las provocadas por crisis políticas o económicas internas o externas o a causa de alguna calamidad pública.*

Además de los cónsules, como magistrados ordinarios figuran los pretores, censores ediles curules y cuestores. La magistratura extraordinaria por excelencia era la del dictador.

> ***Los pretores eran los encargados de administrar justicia:*** *los urbanos conocían de los litigios entre ciudadanos, y los pretores peregrinos, de aquellos entre ciudadanos y extranjeros o entre extranjeros solamente; al igual que los cónsules, desempeñaban el cargo durante un año que era el plazo que tenían para desempeñar la función. Por su parte, los censores elegidos cada 5 años para ejercer por un plazo de 18 meses, durante los cuales desempeñaban su cargo, realizaban el censo de la población ubicando a los ciudadanos en las bases establecidas mediante* ***la Reforma Serviana.***
>
> *Admitían a los nuevos miembros del senado y también intervenían en la concesión de contratos de obras públicas y en los arrendamientos de terrenos estatales. Los censores no tenían* ***imperium*** *pero su función fue muy prestigiada y a través de la elaboración de las listas de ciudadanos y de senadores de hecho ejercían una vigilancia moral y jurídica sobre toda la población. Como censores eran elegidos, los ciudadanos más experimentados; generalmente se trataba de ex cónsules que culminaban así una brillante carrera política.*

Bástenos recordar *la figura de Catón el Viejo elegido para el cargo en el año 184 a. C.* quien fuera un tenaz defensor de las viejas costumbres romanas.

Los ediles curules desempeñaban funciones de policía urbana y además conocían de los litigios en los mercados. Por último, los cuestores estaban encargados de la administración del erario; público y también intervenían en el gobierno de las provincias. Unos y otros duraban un año en el cargo.

Los magistrados ordinarios podían ser prorrogados un año más en el desempeño de sus funciones, encargándose durante ese lapso, del gobierno de alguna provincia. Al cónsul o al pretor prorrogados le des denominaba procónsul o propretor, respectivamente.

Como ya hemos dicho, la dictadura constituía una magistratura extraordinaria, pare: aseos de excepción, pero estada contemplada dentro del orden legal. En momentos de peligro para la República, con acuerdo del senado, cualquiera de los cónsules podía nombrar a un dictador, funcionario qué ejercería entonces, el poder de forma unipersonal, en tanto que desaparecían las demás magistraturas. El dictador permanecía en su cargo mientras se mantuviera el problema y como máximo durante seis meses.

Sin embargo, al final de la época republicana, este carácter de transitoriedad cambió; ***dila,*** *por ejemplo, con la intención de reorganizar la Administración, ocupó el cargo desde* ***82*** *hasta* ***79 a.C.;*** *y* ***Julio César*** *lo retuvo desde* ***el año 4W*** *hasta su muerte en* ***44 a.C.*** *Por esta razón, la función desapareció en* ***el año 43 a.C.***

Los magistrados que tenían ***imperium*** eran los cónsules, los pretores y el dictador. Los demás detentaban un poder más limitado denominado *potestas.*

7 Esta primera época de la República se conoce también con el nombre de consulado

4. Fuentes formales del derecho en la República

En la etapa de la historia jurídica romana que ese ocupa ya existen verdaderas fuentes formales del derecho. *La costumbre sigue existiendo al igual que en el periodo anterior pero, por otro, lado, ya contamos con* ***la presencia de la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y la jurisprudencia.***

A. La ley

Se dice que la ley es una disposición dictada por el pueblo cuando éste se reunía en comicios. ***Papiniano*** *agrega a esta característica el hecho de que tales disposiciones deben ser, de carácter general.*

Por otro lado, en sus *Instituciones,* Justiniano señala que la ley es aquello que el pueblo romano establece a propuesta de, un magistrado; por ejemplo, un cónsul.

En atención a su procedencia, las leyes pueden ser divididas en *curiadas y centuriadas.* Las primeras son emitidas en los comicios por curias y las segundas aquellas que surgen de los comicios por centurias.

El conjunto de dichas leyes *(curiadas y centuriadas)* era también denominado ***leges rogatae,*** para distinguirlas de ***las* leges datae,** que eran emitidas por los distintos magistrados en el ejercicio de sus funciones.

La ley consta de tres partes:

a. ***Praescriptio. Es aquella parte de la ley donde se indica el nombre del magistrado que la propuso y el día en que fue votada.***
b. ***Rogatio. Es propiamente el texto de la ley y, por tanto, su parte más importante.***
c. ***Sanctio. En ella se señalan las disposiciones relativas a su observancia, así como la sanción aplicable en caso de que la ley sea infringida.***

De acuerdo con *la sanctio,* las leyes pueden ser divididas en perfectas, menos que perfectas, imperfectas y más que perfectas.

Una ley es perfecta cuando la sanción consiste en la anulación del acto violatorio; menos que perfecta: se trata de aquellos casos en que aunque el culpable sea castigado, el resultado del acto violatorio no desaparece.

Por su parte, una ley imperfecta: es aquella que, cuando es transgredida, carece en sí misma de sanción.

Finalmente, más que perfecta: es la ley que combina el castigo al infractor con la anulación de los resultados del acto violatorio.

Ley de las XII Tablas

Como ejemplo de ley por excelencia citamos ***la famosa Ley de las XII Tablas,*** *de la cual mucho se habla pero poco se conoce, ya que todo lo que de ella sabemos proviene de leyendas y referencias indirectas.*

Esta codificación de derecho se llevó a cabo con la finalidad de que rigiese de forma general para todos *los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos.* Su elaboración estuvo a cargo de diez magistrados a quienes; debido a su número, se les llamó decenviros de allí que también se le dé el nombre de ley decenviral a este ordenamiento, *los cuales se dedicaron a estudiar el derecho griego, básicamente las disposiciones de Solón y de Licurgo, el más avanzado de su época.*

Según se dice, después de un año de trabajo en ***451 a.C.,*** *las diez primeras tablas quedaron redactadas; contenían las disposiciones básicas, en las cuales se reglamentaban tanto derecho público como derecho privado.* Estas leyes fueron aprobadas por los comicios. Por ser consideradas como un trabajo incompleto, con posterioridad se les añadieron otras dos tablas reglamentarias, con lo que este monumento histórico jurídico, conocido como *Ley de las XII Tablas,* adquirió su fisonomía definitiva.

Dicha legislación muy rigurosa disponía, por ejemplo; que el ladrón sorprendido en flagrante delito sufriera la pena capital o bien, fuera reducido a esclavitud.

El contenido quedó distribuido de la siguiente manera:

- ***Las Tablas I y II trataban sobre la organización y el procedimiento judicial. Tabla III, acerca de los deudores insolventes.***
- ***Tabla IV, sobre la patria potestad.***
- ***Tabla V, la tutela y la curatela:***
- ***Tabla VI, sobre la propiedad.***
- ***Tabla VII, acerca de las servidumbres.***
- ***Tabla VIII, derecho penal.***
- ***Tabla IX, referida al derecho público y a las relaciones con enemigos.***
- ***Tabla X derecho sagrado.***
- ***Las Tablas XI y XII constituyen el complemento de las anteriores.***

B. *Los plebiscitos*

*De acuerdo con **Gayo,** plebiscito es todo aquello que la plebe ordena y; establece.* En un principio estas medidas sólo eran obligatorias para los plebeyos, pero por disposición de ***la Ley Hortensia del año 287 a. C.,*** se declaran obligatorias para todos los ciudadanos, adquiriendo así el carácter de ley. *Los plebiscitos* pueden distinguirse de las leyes en cuanto a la manera en que se citan unos y otras. A los plebiscitos se les designa con el nombre del tribuno que efectuó la propuesta, *por ejemplo,* ***lex Aquilia; mientras que a las leyes se las conoce por los nombres de ambos cónsules, el proponente y su colega, verbigracia: Lex Poetelia Papiria.***

C. Los senadoconsultos

En términos generales podríamos decir que senadoconsulto es toda medida legislativa emitida por el senado; sin embargo, su carácter no era éste en un principio, ya que durante su primera etapa, consistían en simples consejos dirigidos a diversos tipos de magistrados, muy estimados y tomados en cuenta debido a que provenían del cuerpo senatorial. Con el transcurso del tiempo, la labor del senado fue tornándose cada vez más legislativa len especial al finalizar la República, cuando se dictan normas para reglamentar determinadas situaciones, sobre todo de carácter administrativo.

No es sino hasta la época del Principado que el senado llega a convertirse en un verdadero cuerpo legislativo, puesto que la labor de los comicios en esta etapa estaba ya en decadencia. Generalmente, el senadoconsulto se emitía a petición del príncipe, después de una propuesta o discurso que él mismo realizara la llamada ***oratio principis*** situación que a la larga dará al traste con la autonomía del senado, ya que éste votaba todas las proposiciones presentadas sin efectuar ningún cambio o corrección en ellas.

D. Los edictos de los magistrados

Al referirnos a los magistrados, en este caso lo hacemos en relación con aquéllos cuya labor era la de administrar justicia; esto es, los pretores y ediles en la ciudad de Roma y los gobernadores en las provincias.

Cuando uno de estos magistrados entraba en funciones generalmente por el término de un año, era usual que publicase un edicto; es decir, una especie de programa en el que exponía la forma en que iba a desarrollar su magistratura.

De esta manera, al aplicar el derecho de acuerdo con las situaciones que se iban presentando, los magistrados creaban derecho al administrar justicia, aplicaban el derecho civil ***(iuris civilis adiuvandi),*** pero también lo completaban cuando así se requería ***(iuris civilis supplendi)*** *y,* finalmente, si era necesario corregían el propio derecho civil ***(iuris civilis corrigendi causa).***

Por lo tanto, se advierte que a partir de medidas procesales, de la acción para aplicar y completar el derecho civil y de la excepción con el objeto de corregirlo, se está creando derecho.

***Este derecho creado por los magistrados se llama derecho honorario ius honorarium y como dice Kunkel (Historia* del derecho romano...),** *no constituyó un cuerpo cerrado frente al derecho civil,* con el que sólo excepcionalmente se contrapone, como en el caso de la propiedad o de la herencia, en donde incluso existe una doble reglamentación.

En la mayoría de los casos sin embargo, el derecho honorario, se limitó a ayudar, completar o corregir al derecho civil, partiendo de él para conformar juntos un todo armónico: *el sistema jurídico romano.*

E. La jurisprudencia.

Se entiende por jurisprudencia a aquellas opiniones emitidas por los jurisconsultos, sobre las diversas cuestiones que se les planteaban, ya fuesen presentadas por particulares, o por los propios magistrados. Fueron pues, los jurisconsultos los que al interpretar el derecho le otorgaron a éste un carácter doctrinal.

*Los primeros jurisconsultos fueron los sacerdotes y de ellos los pontífices quienes, además de tener el monopolio de las fórmulas procesales, se dedicaron a interpretar el derecho, fijando el contenido y alcance de **la Ley de las XII Tablas,*** **primera gran ley escrita del Derecho romano.**

*Paulatinamente la función jurisprudencial se fue secularizando; esto es, religiosa **(pontifical)** se convirtió en laica.*

En este proceso podemos señalar tres grandes momentos:** el primero cuando **Cneo Flavio,** secretario de un sacerdote, publicó las fórmulas procesales **(ius Flavianum),** en **304 a.C.,** cincuenta años más tarde, en **254 a.C:** el primer pontífice plebeyo, **Tiberio Coruncanio,** comenzó a dar consultas públicas sobre materias de derecho y, finalmente; en **204 a.C., Sexto Elio: Peto,** publicó su Tripertita; obra en tres libros, que constituye el primer tratado sistemático de derecho y se refiere a **las XII Tablas;** su interpretación y a las fórmulas procesales **(ius Aelianum).

Así, el derecho dejó de estar bajo el exclusivo dominio de los pontífices y su conocimiento se hizo público.

La vida profesional de los jurisconsultos romanos cumplía varias funciones: respondere, cavere, agere y scribere.

La primera de ellas consistía en dar consultas verbales sobre casos prácticos; ***el cavere*** en redactar documentos jurídicos; ***el agere*** en asistir a las partes durante el litigio y, finalmente, el ***scribere,*** en elaborar obras doctrinales de derecho, además de la labor docente que también desempeñaban.

***Durante la República ya nos encontramos con grandes jurisconsultos: Queto Mucio Escévola,** el primero que realizó una compilación del derecho de la época en su obra* **ius civile,** *de 18 libros; **Aquilio Galo,** alumno del anterior, quien escribió numerosas obras y **Servio Sulpicio,** el primer comentarista de los edictos del pretor.*

5. Caracterización del derecho preclásico

Como sabemos, durante la Monarquía y la República, se desarrolla el derecho llamado preclásico, con una primera etapa de *derecho arcaico,* cuya fuente principal es la costumbre y del cual podemos señalar varias características.

***Así, tenemos la existencia de pocos pero bien definidos conceptos; la aplicación rígida de la ley, sin que preocupe demasiado su individualización:** se prefiere la seguridad jurídica a la equidad* dura lex sed lex, *razón por la cual la forma reviste una vital importancia, de modo que la mayoría de los negocios jurídicos son solemnes a fin de que las personas estén seguras sobre la clase de negocio que quieren realizar. En ocasiones el derecho es ritual, como en el caso del procedimiento a seguir en un juicio, que se asemeja a una representación dramática, en la que las partes deben recitar y actuar determinadas fórmulas y ritos.*

***Por último, hay que agregar que el derecho tiene un carácter eminentemente nacionalista y que muchos actos jurídicos sólo pueden ser realizados por ciudadanos romanos.** No fue sino hasta finales de la época republicana cuando Roma se convirtió en uno de los mercados más importantes de la antigüedad al que confluían ciudadanos de todo el mundo conocido que los extranjeros fueron incluidos en la vida jurídica de la ciudad, hazaña efectuada por el pretor peregrino a través del derecho honorario.*



1.4 EL PRINCIPADO O DIARQUÍA

*Esta etapa histórica se Inicia con el advenimiento de **Augusto** al poder y finaliza con la proclamación de* ***Diocleciano*** como emperador; es decir, ***año 27 a. C. al 284*** de muestra era. *Durante este periodo el poder supremo, es compartido por el senado y el príncipe o emperador.*

> ***En los órganos legislativos aparecen notables cambios:*** *por un lado, la labor de los comicios se torna prácticamente nula, pues las convocatorias para su reunión se espacian cada vez más, al punto que casi desaparecen; mientras el senado va absorbiendo sus facultades, Por otro lado, el emperador obtiene gradualmente mayor poder hasta llegar a reunir en su persona, todos los cargos públicos; en consecuencia, emite medidas legislativas que conocemos con el nombre de constituciones imperiales.*

Podríamos afirmar que con ***Augusto*** el Imperio alcanza su máximo esplendor en todos los aspectos, pero, al mismo tiempo, se inicia su decadencia. En un principio, ésta no es notoria y mucho menos aceptada por *los romanos;* sin embargo; la declinación se refleja en la forma de vida del pueblo, así como en las medidas jurídicas que los gobernantes toman para controlarla.

Jurídicamente será ésta la época clásica del derecho sus fuentes formales siguen siendo las misma del periodo anterior, a las que se suman las ya mencionadas constituciones imperiales.

El emperador va concentrando el poder de legislar en la medida en que esta facultad le es paulatinamente cedida por el senado.

1. *Fuentes formales del derecho, en el Principado o Diarquía*

En la época de Septimio Severo, *ya son raros los senadoconsultos que encontramos y, por el contrario; resultan cada vez más frecuentes las constituciones imperiales.*

Existen cuatro diferentes clases de constituciones imperiales:

1. ***Edicto***
2. ***Mandata***
3. ***Decrete***
4. ***Rescripta***

1. ***Los edicta, son disposiciones semejantes a los edictos de los magistrados, o sea comunicaciones efectuadas de forma directa al pueblo, aunque los edictos del emperador no tuvieron carácter jurisdiccional y su contenido fue muy variado:*** *podían aludir a asuntos de la administración provincial, a materias de derecho privado, a concesiones de ciudadanía; etc. Así, por ejemplo, la famosa Constitución Antoniniana, del año 212, que otorgó la ciudadanía a todos, los habitantes libres del Imperio fue un edicto.*

2. ***Los mandata, consistían en instrucciones dirigidas a los funcionarios, principalmente a los gobernadores de provincia.***

3. ***Los decreta, por su parte, eran decisiones judiciales tomadas por el emperador como magistrado supremo en un juicio.***

4. ***Los rescripta, son las respuestas del emperador a un funcionario o a un particular, acerca de una cuestión de derecho que se le presentase a consideración.***

Por lo que respecta a los edictos de los magistrados, en un principio siguen revistiendo una gran importancia, pero con el tiempo van siendo prácticamente repetitivos, debido a lo cual en el año 130 y por orden del emperador ***Adriano,*** se publican en colección con ***el nombre de Edicto Perpetuo,*** también conocido como ***edicto de Adriano o Edicto de Salvio Juliano.***

El Edicto Perpetuo; elaborado por ***Salvio Juliano*** por instrucciones del emperador es, en realidad; una codificación del derecho emitido por los pretores. La obra no ha llegado hasta nosotros pero la conocemos casi en su totalidad a través del ***Digesto de Justiniano.***[8]

En relación con la jurisprudencia, probablemente este sea el periodo de mayor esplendor, entre otras razones debido al apoyo y confianza que ***Augusto*** y sus sucesores le conceden a los jurisconsultos. Es así como a las opiniones emitidas por algunos de ellos, el emperador les otorga ***el ius público respondei,*** es decir, que *llegasen a tener fuerza de ley.*

Es también durante la época clásica cuando, bajo el reinado de Augusto, aparecen dos corrientes o escuelas de derecho muy importantes: la de los proculeyanos y la de los sabinianos.

La corriente ***proculeyana,*** *fundada por* ***Labeón*** *y continuada por su discípulo* ***Próculo,*** *era de tendencia democrática y defendía la idea republicana de gobierno. Pertenecieron a esta escuela, jurisconsultos como* ***Nerva, Pegaso*** *y los dos* ***Celsos (padre e hijo),*** *entre otros.*

La corriente ***sabiniana,*** al frente de la cual encontramos a ***Capitón y su discípulo Sabino,*** era de tendencia *aristocrática y partidaria del Imperio.*

Entre sus principales exponentes figuran:

Longino, Javoleno, Salvio Juliano, Pomponio y Gayo.

La rivalidad entre ambas escuelas de derecho no va más allá del reinado del emperador ***Adriano,*** *ya que bajo el régimen de los Severos no es posible afirmar que los grandes jurisconsultos de la época pertenecieran a una u otra corriente: tal es el caso de* ***Papiniano,*** *a quien se ha considerado como el más grande de* ***los jurisconsultos romanos princeps, iurisconsultorum);*** *y de* ***Paulo, Ulpiano, Marciano y Modestino.***



8 La reconstrucción de esta importante obra jurídica se le debe al alemán Otto Lenel, quien tuvo la paciencia de realizar un cuidadoso y detallado trabajo

2. *Caracterización el derecho clásico*

Es en la época del derecho clásico cuando el Derecho romano alcanza su mayor grado de evolución. Roma había logrado su máxima expansión territorial y disfrutaba de largos periodos de tranquilidad y bienestar, propicios para el desarrollo cultural en todas sus manifestaciones.

Con las bases adquiridas en los últimos años de la, República, el derecho se desenvuelve con rapidez y, principalmente a través de la jurisprudencia, se construye una verdadera ciencia jurídica.

Las fuentes cómo ya hemos visto, son muy variadas y las instituciones jurídicas se multiplican; ahora sí se aplica el principio de equidad, buscando la individualización de la norma, que se ajuste al caso concreto y así aparece el ya tan característico del sistema jurídico romano.

1.5 EL IMPERIO ABSOLUTO O DOMINATO

El periodo que conocemos con el nombre de ***Imperio Absoluto*** en el cual todos los poderes se concentran en manos del emperador, es una época de franca decadencia; abarca desde el inicio del reinado de ***Diocleciano*** *en el año 284 hasta la caída de la ciudad de Roma, en 476,* por lo que, toca al *Imperio Romano Occidental, y hasta 1453, fecha en que cae la ciudad de Constantinopla y termina así el Imperio Romano de Oriente.*

Durante todo el periodo se dieron incontables levantamientos y guerras civiles; así como invasiones de los pueblos bárbaros, a quienes resultaba cada vez más difícil contener. *En el año 330 el emperador* ***Constantino*** traslada la capital del Imperio a la pequeña *ciudad de Bizancio;* situada en *el estrecho del Bósforo* y a la que da *el nombre de Constantinopla.* Este emperador se convierte al cristianismo y lo reconoce como religión oficial del Estado.

> ***En el año 305 Teodosio I divide el Imperio entre sus dos hijos: adjudica a Honorio el Imperio de Occidente con capital en la ciudad de Ravena, al norte de la Península Itálica mientras que el Imperio de Oriente con capital en la propia Constantinopla, queda en manos de Arcadio.***

Al Imperio de Occidente le esperaba una vida breve. En el año ***410*** *Roma es saqueada por* ***el rey bárbaro Alarico*** *y pocos años después, en* ***el 476,*** el último emperador de Occidente que curiosamente lleva el mismo nombre que ***el fundador de Roma, Rómulo Augústulo*** se, rinde ante el avance incontenible de las invasiones germánicas y es destronado por ***Odoacro.***

El Imperio de Oriente o Imperio bizantino tendrá todavía una larga existencia en la que gozará de momentos de triunfo hasta su caída, cuando *la ciudad de Constantinopla* es tomada por *los turcos en* ***el año de 1453.***

El periodo del Imperio Absoluto** corresponde, en cuanto a la historia del derecho se refiere, a **la fase del derecho posclásico, que no es una, fase creativa; los juristas de la época se dedican más bien a ordenar y compilar la producción jurídica de las fases anteriores.

1. Compilaciones jurídicas prejustinianeas

En la época de **Diocleciano,** *tenemos el llamado* **Código Gregoriano,** *después aparece* **el Código Hermogeniano,** ambos de carácter privado y que, pese a no haber llegado hasta nosotros, son conocidos porque fueron posteriormente recogidos por *Teodosio II y por Justiniano.*

El Código Gregoriano es el más completo y contiene constituciones dictadas entre ***los años 196 y 295.*** Por su parte, ***el Código Hermogeniano*** complementa al anterior e incluye *constituciones de 291 a 324.*

Durante *los reinados de Valentiniano III en Occidente y Teodosio II en Oriente, en* **426** se publicó una colección de jurisprudencia, la famosa Ley de Citas, que señala a *las opiniones de* ***Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestio*** como vigentes y susceptibles de ser aducidas enjuicio. Si los pareceres de estos jurisconsultos no eran unánimes prevalecía la opinión de la mayoría y, en caso de empate, *la de Papiniano.*

También bajo el reinado de los emperadores mencionados, se publicó una codificación ***(año 438),*** ésta de carácter oficial, llamada ***Código Teodosiano.*** La obra consta de 16 libros y contiene, ordenadas y clasificadas, las constituciones emitidas desde la época de Constantino hasta ese momento.

Con posterioridad a dicho Código y hasta *la época de Justiniano,* las constituciones correspondientes a los dos Imperios son recopiladas y publicadas con ***el nombre de Nuevas Teodosianas y Posteodosianas.***

A la caída del Imperio de Occidente en ***el año de 476,*** los pueblos que ocuparon lo que fueran territorios imperiales, crearon nuevos reinos tales como el de los ostrogodos, el de los visigodos y el de los borgoñones.

Los vencedores respetaron y conservaron la organización judicial y la legislación de los vencidos, creándose así el sistema que se conoce como principio de personalidad en la aplicación del derecho, esto es, *existieron leyes para ello leyes bárbaras y para los romanos ordenamientos tomados del propio Derecho romano, leyes romanas, es decir, romano-bárbaras.*

Son tres las obras que conocemos de estas características:

El Edicto de Teodorico

La Ley Romana de los Visigodos y la Ley Romana de los Borgoñones...

El Edicto de Teodorico. Probablemente data del ***año 503*** y se debe a *Teodorico, rey ostrogodo.* Está dividido en 155 capítulos y contiene disposiciones tomadas básicamente de ***los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.*** En lo fundamental, la obra trata problemas de derecho público y de derecho criminal.

El Edicto de Teodorico constituye una excepción en relación con las otras leyes romano-bárbaras: *se aparta del principio de personalidad y adopta el de territorialidad en cuanto a su aplicación, ya que debía ser observado tanto por los bárbaros como por los romanos.*

La Ley Romana de los Visigodos. Es el más importante de los documentos de este tipo. Fue compuesta por ***Alarico II*** y se le conoce también con *el nombre de* ***Breviario de Alarico.*** Está integrada primordialmente con constituciones imperiales de ***Teodosio,*** parte de las Instituciones de ***Gayo,*** de *las Sentencias de Paulo y de las Respuestas de Papiniano.* Las distintas secciones de la obra se presentan siempre acompañadas de comentarios o interpretaciones que, por un lado tienden a aclarar el texto y; por el otro, tratan de adecuarlo a las necesidades del momento.

Ley Romana de los Borgoñones. Conocida también con el nombre de Ley Gambeta, data del año 516 y fue elaborada por el rey Gundobado. Esta ley -que es casi un extracto del Breviario de Alarico- tuvo una vigencia efímera, como efímero fue el reino de los borgoñones: aproximadamente medio siglo

2. El Derecho romano justinianeo

En el año de 522 ascendió al trono imperial el emperador Justiniano que reinaría hasta su muerte en 565.

Su obra como gobernante destaca tanto en el ámbito político-militar, como en el religioso y en el jurídico.

En el primer aspecto pretendió restaurar el antiguo Imperio Romano, logrando reconquistar algunos de los territorios invadidos por los bárbaros: África, Córcega, Cerdeña, Sicilia, Italia y parte de la Península Ibérica.

En lo religioso trató de unificar las creencias e imponer el cristianismo ortodoxo como religión oficial del Imperio.

En lo jurídico llevó a cabo una gran labor legislativa gracias a la cual estamos en posibilidad de estudiar el Derecho romano.

La labor legislativa llevada a cabo por Justiniano, desde el momento en que sube al trono en ***527,*** tiene una importancia decisiva dentro de la historia del derecho, pues gracias a él conocemos aquél que rigió a los romanos durante los siglos anteriores. *El Derecho romano* que va a ser estudiado y aplicado en diversos pueblos no es *el clásico de la época del Principado* sino *el derecho* elaborado por dicho emperador y que conocemos como *derecho romano justinianeo.*

> ***La inmensa labor legislativa efectuada por Justiniano, tiene que ser contemplada desde un doble ángulo:*** *como una tarea de codificación, o sea de reunión y clasificación de todo el material jurídico que había integrado el derecho de los romanos hasta su época y, a la vez, como una labor creativa no sólo en el sentido de que adaptó las normas jurídicas anteriores a las necesidades de su época, sino también a la serie de disposiciones dictada de nueva cuenta durante su reinado.*

Con la muerte de Justiniano en el año 565 termina lo que se conoce como la primera vida del derecho romano; *vale decir la etapa de su creación, iniciada con la fundación de la ciudad de Roma en* ***el año 753 a.C.***

Al conjunto de la labor Jurídica de Justiniano se le conoce con *el nombre de Corpus iurís civilis* está compuesto por, *el Código, el Digesto las Instituciones y las Novelas,*

- **El Código. *En el año 528*** **se nombra una comisión para reunir a los: *Códigos Gregoriano, Hemogeniano y Teodosiano*** *en una sola obra. Dicha comisión tenía facultades para efectuar las modificaciones, aclaraciones necesarias, así como para eliminar las repeticiones que existiesen.*
  Esta obrase publicó al siguiente año y se la conoce con el nombre de *Código de Justiniano. Posteriormente, en* ***534,*** se elaboró una nueva edición, después de que otra comisión de juristas, bajo la dirección de ***Triboniano*** efectuara una revisión del viejo código incluyendo las constituciones imperiales más recientes.

  El Código está dividido en doce libros, el primero de los cuales trata del derecho eclesiástico, de las fuentes del derecho y de los oficios de los funcionarios imperiales. ***Los libros II al III*** se dedican al derecho privado; ***el libro IX,*** al derecho penal y, finalmente, del ***libro X al XII*** al derecho administrativo. Cada uno de los libros se subdivide en títulos y éstos en fragmentos encabezados por la indicación del tema y de las constituciones de que se trata.[10]

- ***El Digesto.*** Conocido también con el nombre de Pandectas, es una colección compuesta por citas de los escritos de los grandes jurisconsultos clásicos. La obra fue encargada a una comisión de juristas bajo la

dirección de *Triboniano* y se compone de 50 libros. Estos se subdividen en títulos y fragmentos, que constan de parágrafos numerados. Cada fragmento se inicia con el nombre del autor correspondiente y la indicación de la obra citada.[11]

Los redactores del Digesto se dividieron en tres subcomisiones cada una de las cuáles debía seleccionar un conjunto determinado de obras. La primera se encargó de revisar todo lo referente al derecho civil y a integrar lo que se conoce como fondo *sabinianeo,* que está conformado básicamente por obras de ***Sabino*** *y sus seguidores.*

Por su parte, la segunda comisión revisó las obras relacionadas con el derecho honorario contenido en los edictos de los magistrados e integró *el fondo edictal.* Finalmente, el tercer grupo se dedicó a analizar principalmente *los escritos de Papiniano* y otros grandes jurisconsultos y produjo *el fondo papinianeo.*

Las comisiones tuvieron plenos poderes pare corregir y modificar los textos estudiados en las diversas compilaciones, así como la facultad de adaptar las obras clásicas a las necesidades del derecho vigente estas adaptaciones y modificaciones se conocen con *el nombre de* ***interpolaciones o Emblemata Triboniani.***

10 El Código se puede citar anteponiendo la letra C a LOS números que sucesivamente indican el libro, el título y el fragmento respectivo; de esta manera C. 4, 38, 3, nos remite al libro 4, título 3, fragmento 3.

11 Citamos el Digesto mencionando primero el nombre del jurisconsulto correspondiente y anteponiendo después la letra D a los números que indican el libro, título, fragmento y parágrafo. El parágrafo inicial se llama principium y se indica con las letras pr.; los siguientes se designan con numeración progresiva comenzando con el número 1. Por ejemplo: Paulo, D. 44, 7, 3 pr., significa que nos referimos a un texto de Paulo, citado en el Digesto en el libro 44, titulo 7, al principio del fragmento 3.

- ***Las Instituciones.*** Mientras se trabajaba en la inmensa labor que implicaba la elaboración del *Digesto, Justiniano* ordenó redactar una obra elemental dirigida a la enseñanza del derecho; es decir, prácticamente un libro de texto en cuyo preámbulo el emperador da una serie de consejos ***"a la juventud que desea estudiar leyes".*** Las Instituciones al igual que ***el Digesto se publicaron en 533.***

  Al igual que las anteriores esta obra estuvo bajo *la dirección de Triboniano* y con él colaboraron directamente otros dos juristas, ***Teófilo y Doroteo*** quienes se basaron en obras de ***Ulpiano, Marciano y Gayo.*** De este último, tomaron la estructura de su obra las Instituciones. *La citada obra de Justiniano* está dividida en cuatro libros y éstos a su vez en títulos, que indican la materia tratada y se subdividen en parágrafos numerados.[12]

  El primero trata de las personas, el segundo, tercero y pare del cuarto libro se refiere a las cosas, mientras que el final de éste se dedica a las acciones.

- **Las Novelas.** Después de la publicación definitiva del ***Código en el año 534,*** las constituciones imperiales que se fueron publicando conformaron una obra denominada Novelas. Estas constituciones imperiales son bastante numerosas sobre todo hasta ***el año 545,*** fecha en que muere *Triboniano.*

De las Novelas Poseemos varias versiones: *una recopilada en 555 por un famoso profesor de derecho de Constantinopla, que reúne 124 novelas, y cuya colección se llama Epitome luliani. Otra colección más completa, que consta de 143 novelas, se conoce con el nombre de Authenticum corpus Novellarum.*



Cada novela se inicia con un prefacio donde se indican los motivos del texto, que está dividido en capítulos, finaliza con un epílogo que reglamenta su aplicación.[13]

12 Las Instituciones se pueden citar abreviando I. O Inst. y luego los números que indican el libro, título y parágrafo; así por ejemplo, Inst. 2, 1, 7, se refiere al libro 2, título 1, parágrafo 7.

13 Las Novelas se citan usando la abreviatura Nov. más el número de la novela de que se trata y el del capítulo respectivo; por ejemplo, Nov. 118, 3.

3. Caracterización del derecho posclásico

Todo el derecho del Imperio Absoluto corresponde a la fase, posclásica y se subdivide, a su vez, en derecho vulgar y derecho justinianeo.

La etapa del derecho vulgar se inicia a partir del mandato del *Diocleciano* y termina antes de *Justiniano.* Es característica de esta fase la falta de originalidad: ya no hay creación jurídica sino sólo el afán de adaptar el derecho anterior al tiempo presente, simplificándolo la mayoría de las veces y perdiendo con ello el rigor científico que caracterizara al derecho clásico. Por otro lado, se intenta la ordenación de todo el material jurídico y se realizan las diversas recopilaciones que ya conocemos, tanto de constituciones imperiales como de jurisprudencia. Este panorama cambia con *Justiniano,* cuyo carácter clasicista lo lleva a ordenar una gran recopilación. El emperador vuelve los ojos al pasado y da a conocer así el derecho clásico que de otra manera hubiésemos ignorado ya que salvo *las Instituciones de Gayo,* los escritos de los demás jurisconsultos no llegaron hasta nosotros.

1.6 DESTINO DEL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE JUSTINIANO

La legislación justinianea** siguió rigiendo oficialmente en todo el Imperio de Oriente hasta su caída en poder de los turcos en* ***1453. Sin embargo, toda la obra de *Justiniano* fue objeto de comentarios y diversas traducciones al griego, puesto que en esta época *el Imperio de Oriente Imperio bizantino,* era más *grecooriental que romano,* al punto que el idioma oficial ya no era el latín sino el griego.

En el siglo VIII** vuelven a iniciarse las compilaciones oficiales.* ***León III, el Isáurico, publicó una conocida con el nombré de ***Ecloga Legum (selección de leyes)*** en la que encontramos nuevas disposiciones en materia matrimonial. Esta obra tuvo una vida de poco más de un siglo y fue abrogada por ***Basilio el Macedonio.*** Este mismo emperador trató de fusionar en una sola las distintas obras de ***Justiniano,*** labor que llevó a cabo ***su hijo León el Filósofo*** y que se conoce como ***Basílicos (Derecho imperial).***[14]

La última obra importante publicada antes de la caída del *Imperio de Oriente es la de Constantino Hermenópulo,* que aparece en ***1345*** y es un manual conocido con *el nombre de* ***Hexabiblos*** *(seis libros).* Tomada en su mayor parte de *los Basílicos, el Hexabiblos* es un resumen claro y metódico del derecho bizantino de la última época. En lo que respecta a los territorios que habían formado parte del Imperio de Occidente, en ellos, donó ***el Derecho romano vulgar,*** difundido principalmente a través del ***Breviario de Alarico.***

En Italia, reconquistada por Justiniano tuvo vigencia su compilación y aunque *el dominio bizantino* no fue muy prolongado, *el Código, las Instituciones y las, Novelas siguieron estudiándose.*

> ***El Digesto no corrió la misma suerte y prácticamente cayó en el olvido: no es sino hasta mucho tiempo después que se vuelve a estudiar, cuando se descubre en Italia un manuscrito de la obra. De esta manera, da comienzo lo que conocemos como la segunda vida del Derecho romano, que comprende el redescubrimiento y recepción del derecho justinaneo en la Europa continental.***

14 Los emperadores bizantinos volvieron a usar el título de basileus, antiguo término griego que designa al rey.

1.7. LA RECEPCION DEL DERECHO JUSTINIANEO

Denominada segunda vida del Derecho romano se inició en la universidad de Bolonia, en donde a finales del *siglo XI* se percibe una gran inquietud por el estudio del derecho. Así, fueron *los juristas boloñeses* quienes, al estudiar en su conjunto *la codificación justinianea,* lograron un importante resurgimiento del *Derecho romano.* Esta escuela comienza con ***Irnerio,*** que se dedicó a hacer comentarios y anotaciones marginales *glosas* al mencionado ***Corpus iuris civilis,*** motivo por el cual se ***le llamó Escuela de los Glosadores.*** De las obras publicadas por dicha escuela, la más famosa es ***la denominada Glosa Grande o Glosa de Acursio,*** *compuesta por este jurista hacia* ***el año 1260*** *y en la cual reúne todas las glosas de sus predecesores.*

La importancia de la escuela boloñesa reside en la influencia que ejerció sobre los estudiosos del derecho propiciando que se efectuasen estudios jurídicos en toda Europa. *Vacario,* por ejemplo, llevó a *Inglaterra la obra de* ***Justiniano*** y enseñó la materia en *la Universidad de Oxford.* **Placentino,** por su parte, en ***1180*** funda una cátedra con el mismo fin en *la Universidad de Montpellier, en Francia.*

Durante la centuria siguiente se estudian más bien las glosas y no los textos originales y en ***el siglo XIV*** nuevamente en Italia en *la ciudad de Perusa* un profesor de derecho, ***Bártolo de Saxoferrato,*** se dedica a generalizar y a elaborar urna teoría del derecho, método contrario al espíritu del Derecho romano clásico pero que trajo consigo el hecho de que *el Corpus iuris* no sólo se estudiara sino que también tuviera aplicación en la práctica jurídica europea. A los miembros de ésta escuela se los conoce con el nombre de comentaristas; *bartolistas o posglosadores.*

En la Edad Moderna, es en la Francia de los siglos XVI y XVII *donde aprecia un gran interés por el estudio del Derecho romano.* Estos estudiosos tratan de ver el derecho a través de todas las fuentes posibles, sacando provecho tanto de la historia como de la literatura.

Los representantes del nuevo movimiento son *Cujas, Doneau,* cuya influencia es muy importante pues contaron con numerosos seguidores y discípulos en especial las actuales *Bélgica y Holanda.* En *Italia* **Alciato** es quien encabeza la corriente.

> ***Al contrario de los anteriores, el siglo XVIII marca una decadencia en el estudio del derecho romano: Pothier es el único romanista digno de mención.***

En el siglo XIX importantes descubrimientos históricos le dan nuevo impulso al estudio del derecho y es en ese momento cuando *Alemania* se coloca al frente en las investigaciones, encabezadas por *Savigny,* cuyos trabajos sobre *Derecho romano* constituyen una valiosa aportación a *la ciencia jurídica.*

Esta escuela histórica estudia el Derecho romano en su verdadera esencia y dentro del marco social, político y económico en que se desarrollara.

Dicho movimiento científico-juridico produjo un número considerable de investigadores, entre los que no podemos dejar de mencionar a Rodolfo von Ibering, autor del Espíritu del Derecho Romano; Niebuhr, **descubridor de** ***Instituciones de Gayo; Otto Lenel, reconstructor del Edicto Perpetro y Teodoro Mommsen, autor del Derecho Público y Derecho Penal Romano.***

Por último, en la época contemporánea son varios los países europeos en los que destacan grandes romanistas; tal es el caso de Kaser, Kreller; Kunkel y Schulz, **en** ***Alemania; Arangio Ruiz, Biondi, Bonfante y*** **Riccobono en** ***Italia; Ursicino Alvarez Suárez, Arias Ramos, Alvaro D'Ors y Juan Iglesias, entre otros, en España.***

En América Latina el Derecho romano se ha enseñado con mayor o menor intensidad y casi en forma ininterrumpida desde la época colonial; hoy en día la materia sigue siendo obligatoria en casi todas las facultades y escuelas de derecho:

> ***En cuanto a la investigación romanista puede apreciarse su interés principalmente en países como Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú.***

1.8. PERIODOS DE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

Parafraseando al autor contemporáneo, Fritz Schulz (History of Roman Legal Science. . .), podemos adaptar los periodos que él establece, en relación con la historia de la ciencia jurídica romana, a nuestro objeto de estudio, ó sea, la historia del Derecho romano y así tendríamos los siguientes:

1. ***Periodo arcaico. Se inicia con la promulgación de la Ley de las XII Tablas, en el siglo V a. C., y concluye al término de la segunda guerra púnica en, el siglo III a.C.; momento que marca el comienzo de la influencia griega.***

2. ***Periodo helenístico. Principia al terminar la segunda guerra púnica (s. III a.C) y termina con la República en el siglo I a.C.; fue durante los dos últimos siglos republicanos cuando se dejó sentir con más fuerza la influencia de la cultura griega; esto no quiere decir que dicha influencia no se registre con anterioridad, pero no es sino hasta finales de la República cuando Roma se relaciona más íntimamente con el "helenismo"; se puede afirmar que la influencia griega llegó en un momento oportuno, es decir, cuando el Derecho romano estaba lo suficientemente consolidado como para no dejarse absorber por el griego pero aún joven y flexible para poder recibir su estímulo.***

3. ***Periodo clásico. Este periodo corresponde al Principado, desde Augusto (S. I a.C.) hasta Diocleciano en el siglo tercero de nuestra era.***

El periodo se llama clásico aludiendo a las dos acepciones del vocablo. En primer lugar, considerando como clásica, a una obra completamente desarrollada o elaborada, esto es acabada:

> ***Ya no encontramos en este periodo a los, grandes genios creadores ni a los audaces pioneros que fueron característicos del periodo anterior, ellos se agotaron al extinguirse la República. Los juristas clásicos tienen otra forma de trabajar, ya que elaboran y sistematizan los conceptos jurídicos hasta sus últimas consecuencias; podríamos decir que son más minuciosos que los juristas de la última época republicana.***

La otra acepción de clásico se refiere a una obra que sirve de modelo o patrón para las, generaciones siguientes, en el área del conocimiento de que se trate, en este caso el derecho, y así fue lo que en materia jurídica se produjo en esta época. Dentro del periodo clásico se distinguen a su vez dos fases, las cuales están divididas por ***el reinado de Adriano.*** De *Adriano* en adelante, se puede detectar una tendencia burocratizadora, el príncipe tiende a monopolizar la creación del derecho e incluirla dentro de su esfera de acción; codificando el derecho y controlando su aplicación.

Es consecuente con esta tendencia, la aparición del Edicto Perpetuo, así como la incorporación de los grandes juristas, a la maquinaria estatal, en su calidad de altos funcionarios de palacio. Esta tendencia, aunque encubierta, se inicia con ***Augusto,*** quien conservó formalmente las instituciones republicanas, que desaparecerían de forma expresa hasta *Diocleciano;* momento que marca el triunfo de la burocracia Y el final de ***la "jurisprudencia aristocrática",*** esto es de la *jurisprudencia independiente.*

También es importante señalar que desde. *Adriano* se da ***una "provincialización"*** del *Derecho romano,* o sea, la incorporación del derecho provincial al sistema jurídico romano, reflejada entre otras cosas por el hecho de que a partir de entonces, muchos de los grandes juristas ya no son originarios de, la ciudad de Roma sino de las, provincias, como ***Salvio Juliano de Adrumetum*** en *el norte de África,* ***Gayo*** por lo que se sabe provenía de alguna provincia oriental, ***Papiniano de Siria y Ulpiario de Tiro,*** por mencionar sólo algunos.

4. ***Periodo burocrático. Se inicia con Diocleciano y termina con la codificación de Justiniano en 534. Para Schulz, el calificativo de "posclásico", que también sé le da a este periodo, no es satisfactorio ya que lo hace apareces como un mero epígono del anterior; negándole significado y valor propios.***
   En este periodo, la creación y aplicación del derecho son actividades centralizadas, los juristas pertenecen a la a administración imperial, su actividad se burocratiza y cae en el anonimato... Aunque es innegable que con *Justiniano,* subió el nivel de la cultura jurídica y que *el Corpus iuris* es de mejor calidad que las compilaciones de *los dos siglos anteriores, no se equipara a la bibliografía jurídica clásica.*

En la compilación del emperador bizantino, se reflejan las tendencias de la época que Schulz caracteriza como:

1. ***Tendencia clasicista, o sea, la necesidad de volver los ojos al pasado y recurrir a las citas de autoridad. Es en este momento cuando los juristas del Principado se convierten en los "clásicos", en el modelo por seguir; especialmente Papiniano, Paulo y Ulpiano. Es patente el interés por conservar y sistematizar la jurisprudencia, objetivos logrados felizmente en el Digesto.***

2. ***Tendencia estabilizadora o fijadora del derecho, la cual se lleva a cabo estableciendo la preeminencia del derecho legislado mediante las constituciones imperiales, que, como es natural, se convierten en la fuente formal más importante del derecho del Imperio Absoluto. Tendencia opuesta a la postura clásica qué desconfiaba de la ley y prefirió otras fuentes más flexibles, cono los edictos de los magistrados y la jurisprudencia.***

3. ***Tendencia simplificadora del derecho que se ejemplifica en las síntesis y extractos. que se hicieron de la literatura jurídica clásica, reduciéndola Y eliminando distinciones y matices demasiado complicados para la época.***

4. ***Tendencia helenizadora. Es posible detectar un segundo periodo: helenístico. En éste no sólo se adoptan instituciones jurídicas griegas sino también su terminología.***

5. ***Tendencia humanizadora del derecho, que se había iniciado ya con la doctrina estoica y que desde Constantino se une también a una corriente cristianizadora.***

Antes de terminar con el tema que nos ocupa queremos destacar que la fijación de periodos para la historia de una materia obedece a fines didácticos y que los criterios que se adoptan son arbitrarios, pero cono siempre se recurre a características, acontecimientos y fechas relevantes, las diferentes clasificaciones tendrán puntos de contacto, o sea que se parecerán entre sí.

Dicho lo anterior, y para terminar, queremos proponer una clasificación propia, no sin antes invitar al lector a que formule la suya, ejercicio que le será muy provechoso ya que pondrá en práctica los conocimientos adquiridos hasta el momento, para lo que necesariamente habrá de sintetizarlos por su cuenta; además de útil, la tarea puede resultarle entretenida, si consideramos que el estudio de una disciplina, aunque requiera de métodos científicos no por ello tiene que ser solemne y aburrido.

He aquí nuestra clasificación de los periodos para el estudio de la historia del derecho romano:

1. ***Derecho antiguo. Se inicia con la fundación de Roma en 753.-a.C. y termina con la Ley lulia iudiciaria, de Augusto, en 17 a.C. El periodo se subdivide en dos fases, la primera de derecho arcaico de 753 a 150 a.C., cuando se promulga la Ley Aeubutia. En ésta queda incluidala Ley de las XII Tablas que no obstante su importancia, su contenido es el derecho consuetudinario anterior que codifica y convierte en derecho escrito y legislado. La otra corresponde a la última época republicana y coincide con lo que Schulz denomina periodo helenístico. Tanto las leyes Aebutia como la Iulia iudiciaria, que las estudiaremos más adelante, introdujeron reformas que modernizaron, al sistema, de procedimiento.***

2. ***Derecho clásico. Desde la. mencionada Ley Iulia de 17 a.C. hasta los últimos clásicos. El periodo también se subdivide en dos, de la Ley Iulia hasta el Edicto Perpetuo y de éste hasta Modestino, aproximadamente en 250 de nuestra era.***

3. ***Derecho posclásico. Desde las reformas constitucionales y administrativas de Diocleciano hasta la compilación justinianea.***

Es evidente que las características de estos periodos son las mismas que las de sus equivalentes de las otras clasificaciones.

1.8. CONCEPTOS GENERALES

I. CONCEPTO DEL DERECHO

1. *Ius y fas*



Una vez estudiadas las etapas históricas por las que transitó el Pueblo romano, así como las fuentes que dieron origen a su derecho en los diversos periodos, nos referiremos ahora a los conceptos o términos jurídicos más usados por ese pueblo y a la clasificación quede su derecho hicieron los propios romanos.

Como una consecuencia lógica de la vida en sociedad nace la necesidad de crear normas que regulen la convivencia, esto es, reglas de conducta que hagan posible la vida en común. En éste sentido sumamente amplio se entiende por ***derecho ius*** al conjunto de reglas que rigen las relaciones de los hombres dentro de la sociedad.

Durante los primeros siglos de la vida de Roma el derecho y la religión estuvieron íntimamente unidos. Sin embargo aun en esta primera etapa, los romanos dispusieron de términos distintos para designar las normas que consideraban de procedencia divina y aquellas que concebían como propiamente de origen humano. Así, para designar a las primeras *utilizaban el término **FAS** mientras que para las segundas reservaban **el de IUS.***

De este modo, fas es el derecho sagrado, emanado de la divinidad; esto es, la ley divina; mientras que ius es la obra de los humanos, el derecho elaborado por el hombre: la ley humana.

Con el correr del tiempo esta distinción va desapareciendo y se utilizara *la palabra ius para designa al derecho en general.*

1. *Definición de ius*

Poseemos una definición romana de derecho, proporcionada por Celso (hijo), quien afirma que el derecho es "el arte, de lo bueno y lo equitativo'' (ius est ars boni et aequi), según nos dice Ulpiano en el Digesto (D.1, 1,1 pr.): El término ius se utiliza tanto para referirse al conjunto de normas que en un momento determinado regulan la conducta de un pueblo-o sea el derecho objetivo como para aludir al facultamiento de conducta que la norma puede otorgar a un sujeto; esto es, el derecho subjetivo. En el primer caso, por ejemplo, ius Romanum; en el segundo ius utendi, que es el derecho o facultad que una persona tiene para usar alguna cosa.

2. *Iustitia*

Del término ius podemos derivar *el de iustitia,* a la que ***Ulpiano*** define como ***"la voluntad firme y constante de dar a cada quien lo suyo"*** *(iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi) (D.1,1,10 pr:). Ambos términos, que etimológicamente tienen la misma raíz, están íntimamente ligados ya que el ius tiende siempre a la realización de la justicia (iustitia) el objeto de que la iustitia es el propio derecho (ius).*

3. *Praecepta iuris*

De la idea que entrañan los dos conceptos que estamos analizando derivan los romanos lo que conocemos con el nombre de preceptos jurídicos *(praecepta iuris),* que en forma muy general expresan los deberes que el derecho objetivo impone siempre a los seres humanos.

Estos preceptos jurídicos los reducen a tres:

- ***Vivir honestamente (honeste vivere)***
- ***No dañar, a otro (alterum non laedere).***
- ***Dar a cada quien lo suyo (suum cuique tribuere) (Ulpiano; -D: 1; 1; 10; 1).***

4. Iurisprudentia

También del término ius deriva el de jurisprudencia (iurisprudentia), es decir, la ciencia y la práctica del derecho que Ulpiano define como ***"el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto"*** *(iurisprudentiat divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia),* conocimiento que tenían y actividad que realizaban los especialistas en derecho, cuyas respuestas a cuestiones prácticas integraron esa fuente formal del derecho que es la Jurisprudencia y a través de la cual lograron *la creación de la ciencia jurídica (D.1,1,10,2).*

II. CLASIFICACION DEL DERECHO

Las Instituciones de Justiniano *nos dicen que el derecho puede ser clasificado o dividido en derecho público y derecho privado y que éste, a su vez,* ***"consta de tres, partes: de los preceptos del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho civil"*** *(Inst. 1, 1,4).*

1. Derecho público y derecho privado

Derecho público, *según afirma el mismo pasaje, trata del gobierno de los romanos,* mientras el privado se refiere a la utilidad de los particulares. El derecho público se refiere, por lo tanto; a la organización y funciones del Estado, a sus relaciones con los particulares y a las que pueda mantener con otros Estados. También forma parte del derecho público *el ius sacrum,* vinculado al culto y a los sacerdotes.

El derecho privado se refiere únicamente a las relaciones entre los particulares las que pueden ser de carácter familiar o patrimonial.

Las normas de derecho público no pueden ser alteradas por pacto entre los particulares, en tanto que las de derecho privado sí pueden ser modificadas por la voluntad de éstos.

2. Derecho natural derecho de gentes y derecho civil

El derecho natural es el conjunto de derechos provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre; son inmutables por su procedencia y absolutamente acordes con la idea de lo justo.

Según ***Ulpiano,*** este derecho natural está integrado por todas las leyes que la naturaleza impone a los seres animados, por ejemplo, la unión de los sexos, la procreación, etc., pero diferenciando el instinto que mueve a los animales de los derechos y deberes que tiene el hombre por el hecho de estar dotado de conciencia y de razón.

El derecho de gentes es el conjunto de reglas aplicables a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad. Aunque se asemeja a la idea del derecho natural, no hay que confundirlos, ya que nos encontraremos con determinadas instituciones, como por ejemplo la de la esclavitud, plenamente rechazada por el derecho natural y que, sin embargo, es aceptada por el derecho de gentes en todos los pueblos de la antigüedad.

El derecho civil está integrado por todas aquellas reglas de derecho específicas de cada pueblo que imprimen características propias a cada legislación. Al hablar del *ius civile* los jurisconsultos romanos se refieren a él como a aquél que .estaba reservado para los ciudadanos romanos y del cual no gozaban nunca los extranjeros *(ius propium civium romanorum).* En otras palabras, *el ius civile* es el derecho de *la civitas;* es decir, de la ciudad, tomando este término en *el sentido de Estado.*

3. Derecho civil y derecho honorario

En atención a la fuente de donde deriva, el derecho puede ser dividido en derecho civil y en derecho honorario o pretoriano.

El primero deriva de la costumbre y además está integrado por todas las disposiciones emitidas por los comicios y *el concilio de la plebe;* por los senados consultos, la jurisprudencia y las decisiones del emperador; es decir, que son fuentes de *derecho civil* la costumbre, *la lex rogata, el plebiscito, el senado consulto jurisprudencia y las constituciones imperiales.*

El derecho honorario es aquel emitido por los magistrados jurisdicentes básicamente por los pretores en el ejercicio de sus funciones y plasmado en sus edictos.

Al realizar esta labor creadora de derecho, los magistrados no actuaban de forma caprichosa, generalmente partían del propio derecho civil, extendiendo su aplicación y, en otros casos, recurrían a los preceptos del derecho de gentes, siguiendo al principio de equidad *(aequitas),* o sea adaptando la ley general al caso concreto.

Como ya hemos señalado la distinción entre ***derecho civil y derecho honorario*** se hizo innecesaria en *la época del emperador* ***Adriano,*** como consecuencia de *la fusión del derecho civil y del derecho honorario* efectuada a través del *Edicto Perpetuo.* Por lo mismo, este dualismo dejó de existir en *el Derecho romano.*

4. Derecho escrito y derecho no escrito

Finalmente, los romanos también clasifican su derecho en derecho escrito y no escrito (ius scnptum et ius non scriptum).

Será derecho escrito aquel que tiene autor cierto y que ha sido promulgado por el órgano correspondiente, por ejemplo, *la Ley Hortensia, la Constitución Antoniniana el Edicto de Salvio Juliano, etcétera.*

El derecho no escrito se conforma mediante el uso, por la costumbre. No importa que en un momento dado quede plasmado en un documento, ya que la me ha venido aplicándose de tal o cual forma únicamente por tradición y con anterioridad al hecho de que, merced a una disposición determinada quedase escrita en un documento.